9°



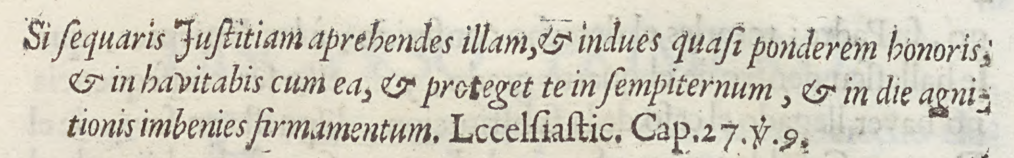
INSINVACION LEGAL,

POR EL DEAN, Y CABILDO

DE LA IGELESIA CATHEDRAL DE LA CIUDAD de Canarias, y el Fiscal General Eclesiastico de su Obispado, en el Pleito con los Menores hijos de D. Joseph Verdugo, y Doña Josepha de Herrera, su Tutora, y Curadora, vecinos de la referida Ciudad, en assumpto de el Derecho de Patronato, y Capellanias, que fundò D. Domingo Albiturria, Arcediano, que fue, de dicha Santa Iglesia.

SOBRE

QUE SE CONFIRME LA SENTENCIA DE PRIMERA Instancia, en que se defiriò à lo pretendido por el Dean, y Cabildo, y Fiscal General, y denegò à la Parte de los menores en el todo su pretension, con condenacion de costas; y sobre que se los denieguen los alimentos provisionales, y demas, que nuevamente han intentado en la Segunda Instancia.



Si sequaris Justitiam aprehendes illam, & indues quasi ponderem honoris; & in havitabis cum ea, & proteget te in sempiternum, & in die agnitionis imbenies firmamentum. Lccelsiastic. Cap. 27. ℣. 9.

§. I.

1. ES VATICINIO DE COPIOSAS FELICIDADES la continuacion constante en procurar la justicia, y instruidos de tan sabio documento, los que piadosos defienden la voluntad, y fundacion de Don Domingo Albiturria: no sacian su justificado, y preciso empeño con lo practicado en los Autos, y alegado en sus escritos; porque quando se ha de persuadir à la verdad, desterrando las dudas, que la ofenden, no se llena la obligacion con usar de algunos medios adequados, pues ha de ser sin exceptuar alguno eficaz, y conducente. *Cap. inter causa* 11. *quæst.* 3. Ibi: *Eisque satisfieri modis omnibus debet.* La materia à que han de adaptarse los judiciales fundamentos, se reduce en conciso, à que el dicho Don Domingo Albiturria, Arcediano, disponiendo lo que despues de su vida quiso se observara, mandando, que sus bienes los obtuviesse por usufructo Doña Inès de Albiturria, su hermana, y à esta substituyessen Don Salvador, y D. Juan de Albiturria; y en caso, que Don Domingo Orbea, su pariente ausente, deliberasse venir à Canarias, entrara tambien obteniendo los mencionados bienes, y resulta de su disposicion, que à los dichos Don Juan, y Don Salvador los nomina *Sobrinos*, y que à sus parientes dicho Fundador los mirò con notoria predileccion, aunque no hizo expression de Doña Maria Muñoz, *alias* Albiturria, à quien dan los Menores por su Ascendiente, y pretenden se repute por Sobrina de el Fundador, hija de Don Roque Albiturria, Presbytero, su hermano, el que tuvo mui presente para aplicarle parte de los Anniversarios, y se convence la reflexion con que obrò, remunerando, y atendiendo aun à sus proprios esclavos.

2. Evaquados los llamamientos personales, y el generico de Parientes, que se hallassen dentro de el quarto grano, estableciò, que el dicho Patronato tocasse à el Dean, y Cabildo de dicha Santa Iglesia, con diversas amplitudes, y prevenciones, cuya omission es precisa para evitar en lo dispensable la molestia. Por los Menores se pretendiò, continuando el recurso de D. Joseph Verdugo,

go, su Padre; tocarles el derecho conferido, à los Parientes, que se hallassen dentro de el quarto grado, y de esto ser consequencia no haver llegado el caso de la substitucion, dispuesta en favor de el Dean, y Cabildo; y en esfuerzo de la pretension de los hijos de el Don Joseph Verdugo, y comprobacion de su afferto derecho, se han presentado diversos instrumentos, que conspiran à hacerse descendientes de la Doña Maria Muñoz, lo que no se les disputa; si justamente se les niega legitimen filiacion entre esta afferta Ascendiente, y Don Roque Albiturria, como tambien no liquidar Parentesco cierto entre Don Juan, y Don Salvador Albiturria, y el dicho Arcediano, Fundador, que los apellidò *Sobrinos*.

3. Procuran graduar tanto su justicia, que el punto de Parentesco con el Fundador, aunque se incluye en el litigio, le quieren dar grado de Executoriado, fundando su confianza, en que ante la Justicia Real Ordinaria pretendiò el Don Joseph Verdugo justificar ser Nieto de el Don Roque Albiturria; y aunque Don Juan Albiturria se opuso à ello, obtuvo declaracion à su favor de el Juez Oadinario, y resultando verificado, que esta pretension se hizo saber à la Parte de el Cabildo, no hizo mas oposicion, que pretender de estos Autos acomulacion à otros pendientes en la Real Audiencia de Canarias, donde visto el Articulo de Acomulacion, se mandò, que sin perjuicio de el Cabildo, corriesse la justificacion, que pretendia, y havia principiado à hacer el dicho Don Joseph Verdugo, de la qual clausula preservativa se valiò el Cabildo, para no empeñarse en recursos, que por entonces no discurriò precisos; y por estar este Auto passado en cosa juzgada, le estiman los Menores por Executoria, que haga indudable su justicia. Supuesto lo prenotado en el Hecho, liquidarà su Derecho el Cabildo, y ser justa la confirmacion de la sentencia de primera instancia, acreditando extraña para el Patronato la descendencia de Doña Maria Muñoz, en un concepto Problematico: *Fuesse, ò no, Parienta, ò Sobrina de el Fundador*; y para fundar este dictamen, sin el defecto de confuso, se hace division de dos discursos: en el primero, *exponiendo lo exclusivo de el Parentesco*: en el segundo, *lo inconducente de èl, para obtener en el assumpto*; y de estas consideraciones ilacionarà, por consequencia, que los alimentos provisionales se pretenden sin proteccion de Justicia.

DIS-

DISCURSO PRIMERO.

4. EXtraño empeño querer deducir un derecho claro de un origen, por naturaleza tan repugnante, como confuso! Especial confianza pretender triumphos en justicia, quien cótexta por principio una desgracia! Pues siendo la mayor la q̃ aflige desde el nacer, no puede hallarse distancia entre el tiempo, que para ello tuvo la ascendiente de los Menores, que litigan, y en el que le comprehendiò la experiencia de no saber de quien era hija. Ya se le supone exposita por las fees de Baptismo, que se le aproprian, sin tener con estas mas conveniencia, que la nominacion de *Maria*, y las convence improporcionadas la dissonancia de sus fechas, con lo demas alegado en primeta instancia; ya inconsiguientes en los medios, quieren fuesse su Padre Don Roque Albiturria, sin desdeñarse de recibirle por tal, el que fuesse Presbytero, è influir esta eleccion consentirse en la qualidad desgraciada de spurea. Y siendo este defecto tan crecido, como contemporaneo à el nacimiento, no puede reputarse por lo mas gravoso, quando no tiene meritos de justificado. Desempeña esta verdad quanto los Autos informan, con la especialidad de ser meritos grangeados por la parte de los Menores, y ocurriendo à los mas graduados en su estimacion, y confianza, preocupan primer lugar los Autos formados à instancia de Don Joseph Verdugo, ante la Justicia Ordinaria de dicha Ciudad, que se dirigieron à que le declarasse por nieto de D. Roque Albiturria, y en lo que recayò el Auto Declaratorio à su favor, y se passò en authoridad de cosa juzgada; mas su propria inspeccion convence de temeraria esta seguridad: pues si se atiende à los testigos, que por su parte se examinaron, preponderan sus respulsas, y defectos (sin exageracion) à sus palabras, que con la mayor individualidad, verdad, y estudio se les opuso à el folio 70. ramo 3. solo se suscitarà lo mas preciso, para formalizar el concepto, à cuyo fin es de notar, que el primer testigo depone de oidas, que la Doña Maria Muñoz naciò en Madrid, y la fee de Baptismo, que por la parte se presenta, y quiere le pertenesca folio 35. ramo 1. informa una *Maria* exposita, Baptizada en la Iglesia de el Sagrario de Sevilla, en dos de Julio de 1652. y siendo notorias las distancias de estos dos Pueblos, se evidencia la que el testigo tiene de la verdad, y que la propria parte la authoriza con el instrumento, que presenta.

5. Entre

5. Entre las especialidades, que à los testigos inclinan para tener por indudable la filiacion de la Doña Maria Muñoz, es, que à el proptio Arcediano algunos oyeron, que tenia una sobrina en Sevilla, hija de su hermano Don Roque, y hermana de los dichos Don Juan, y Don Salvador; y agregado esto à el tratamiento, que à estos en su testamento les diò, nominandolos *Sobrinos*, y que los dos con diversas expressiones trataron à la Doña Maria de *Hermana*, à que conspiran algunos instrumentos, que este tratamiento reiterado legalizan; de esto quieren deducir lo cierto de el parentesco. Para destruir estos argumentos, que abundan en simulaciones, es el mejor medio internarse, procurando la verdad, y la defiende el proprio Arcediano Don Domingo Albiturria, folio 8. en los Autos, que principian desde el folio 4. hasta el 25. ramo 3. donde con el motivo de pretenderse ordenar el Don Juan de Albiturria, depuso como testigo, y afirmò constarle ser expo-sito, y que obrando charitativo, le havia criado su hermano Don Roque (por cuyo motivo usaria de su apellido) y de este hecho en los Autos terminante se ilaciona la falsedad en las expressiones, que los testigos fingen haver oido; pues si contextaba el Arcediano ser hermana la Doña Maria de el Don Juan de Albiturria, siendo este no hijo de Don Roque, si exposito, y extraño de el apellido *Albiturria*, como havia de afirmar, y suponer connotado, y parentesco, que negaba en su juramento tener con el otro. A este hecho es adequado lo comunmente instruido en los meritos referentes, y relatos; y si es corriente, que aquellos toman su sèr, y substancia de estos: *Ut erudit* D. Salg. *part.* 2. *de suplic. cap.* 21. *n.* 4. D. Castillo, *tom.* 6. *Controv. cap.* 43. D. Larrea, *aleg.* 93. & 69. *num.* 22. D. Vela, *Disert.* 24. *num.* 3. & *Disert.* 49. *num.* 12. Como ha de estimarse cierto lo que los testigos de oidas, extrajudiciales, con relaciona el Arcediano, refieren, quando este, en acto tan solemne como el judicial, y con la precision de el juramento, afirma, y concluye lo contrario. Esta reflexion es tan precisa, y justa, que dessertar de ella, fuera notable culpa, assi por lo fundado en los terminos de Asserciones referentes, como por la mayor graduacion de los actos solemnes en que se supone, y presume la mayor integridad, y reflexion à diferencia de los extrajudiciales, cuyas expressiones *potius* (aunque se executen) suelen ser enunciativas, que assertivas; y en todo concepto no es presumible fuesse author de ellas, quien se convence lo fue de lo contrario, y una de las qualidades, que ha de atenderse en la confession judicial

dicial es el que sea verosimil. Gomez, *Lib.* 1. *Variar. cap.* 3. *num.* 8. Y no puede estimarse lo fuera, que un sugeto circunstanciado, y en dignidad constituido, como el Arcediano, con resistencia à su proprio judicial juramento, y con deshonor de un hermano Presbytero, prohfiriesse el hecho, que los testigos figuran, en que precisamente in famaba; y este, ù otro defecto en sugetos de igual classe no es presumible. *Cap. Absitcausa* 11. *quæst.* 3. Ibi: *Absit, ut quicquam sinistrum de his arbitremur, qui Apostolico Gradui succedentes Christi Corpus sacro ore conficiuntur, & distintione* 69. *cap. in scripturis distincion* 96. *cap. Sacerdotibus causa* 11. *quæst.* 1. Y esta violencia, que se relaciona à lo que los testigos figuran, obliga à el descredito de sus dichos, y que no se atiendan en todo concepto.

6. Advirtiendo lo eficaz de este convencimiento, y no poder disputar la certeza de el hecho, que la produce, se ha insinuado por los Menores, que Don Domingo Albiturria en la deposicion, que hizo, preservò, y ocultò la realidad de la filiacion de Don Juan de Albiturria, porque hai fundamentos para hacerlo, y no servir de instrumento para publicar el defecto, experiencia precisa, si declaraba ser hijo de Don Roque Albiturria, pues esto era inseparable de la nota de spureo, y de ser causa de este perjuicio el Don Roque, su hermano, y Presbytero, terminos en que procede el capitulo *in scripturis* de la distincion 69. Ibi: *Vere si propris oculis vidissem Sacerdotem Dei, aut aliquem eorum, qui Monachali havitu circum amicti sunt pecantem: chlamidem meam expoliarem, & cooperirem eum, ne ab aliquo videretur.* Para solucion de esta instancia, y la oposicion, que à estos lugares Canonicos, y à el capitulo *Si pecaverit causa* 2. *quæst.* 1. parece hace el *capitulo* 3. *distincion* 83. es seguro norte la decision, que termina la question suscitada, sobre si el testigo, interrogado judicial, y solemnemente, siendo sabidor de un defecto, que à el sugeto sindicado assistia, si deberà manifestarlo, ò podrà sin gravamen omitirlo, à lo que se dirige lo instruido por soto de justicia, *& jure, lib.* 5. *quæst.* 6. *artic.* 2. *columna penultima.* Petrus Navar. *de Restitut. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 219. *&* 220. Abila *de Censuris disput.* 5. *dubio* 2. *concor.* 3. P. Suar. *tom.* 5. *disput.* 20. *secssion* 3. *num.* 11. P. Thom. Sanchez *in decalogo, lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 23. *& consf. Moral. lib.* 6. *cap.* 5. *dubio* 1. Gutier. *Canonicar. quæst. lib.* 1. *num.* 47. *& sequenti.* Menochio, *lib.* 2. *de Arbitrar. casu* 55. Augustin Barbos. *de oficio, & potestat. Episcop.* 3. *part. alegation.* 51. *num.* 33. *& alegation.* 96. *num.* 69. Para no hacer digresion de

nuestro assumpto, ò dilatar mas el discurso, pacifica la ogebcion el que de los autos resulta lo publico, y notorio, que se quiere suponer el defecto atribuido à Don Juan en su nacimiento; y à consequencia de esto fuera ocioso el ocultar, lo que se quiere persuadir constaba à los demas, que han servido en la informacion de testigos, y esta circunstancia, con la de ser el caso en que el Arcediano depuso: informacion para ascender à Ordenes, es lo suficiente (sin transcender à otras muchas reflexiones proprias de la question) para quedar enterados, que no podia, ni debia en el acto de el juramento por este imaginado motivo, ocultar la qualidad de spureo; antes si, constandole declararla extraditis a Escobar *de Puritat. part. 1. quæst. 9. §. 1. num. 15. 17. & 19. cum* Molina *de justitia, & jur. tractat. 4. disputat. 13. n. 6. cum Lessio de justitia, & lib. 2. cap. 11. dub. 9. num. 59.* Bonacin *tom. 2. de restitution. disputat. 2. quæst. 4. punct. 8. num. 5. & quod alius testib. vel Scripturis probari potest, non verè secretum dicitur, ut predictus.* Escobar, *erudit num. 20. ubi supra.* Y en este concepto no hai clausula, que habilite fuesse, ni pudiera en Don Domingo Albiturria lo que refiriò ocultar la verdad, y queda convencido deberse tener por cierto lo que en el citado folio 8. ramo 3. depuso, y que totalmente destruye lo que los testigos, separados de lo cierto, atribuyen: y si el empeño es querer en la ascendiente de los Menores liquidar la propria filiacion, que en Don Juan: infierase de el processo, que no se sabe su pa dre, que seria exposita, mas no con meritos, que a esto persuaden; se pretenda darle por padre à Don Roque Albiturria, pues resiste el derecho presumirlo, y no hai en el hecho motivos, ni aun leves, para creerlo.

7. Las nominaciones, ò tratamientos, que Don Juan, y Don Salvador de Albiturria parece dieron de hermana à la Doña Maria Muñoz, no puden hacer invasion, ni competencia à lo que va fundado; pues verificada en Don Juan la extrañeza para con el Fundador, era ocioso el empeñarse en manifestar, que estimacion tenian en el derecho. Estos tratamientos, mas servirà para verificarlo el ser obligacion de la defensa, acreditar en justicia, como no prueba, que Don Juan, y Don Salvador fuessen sobrinos de Don Domingo Albiturria, el que este en su testamento les diesse esta denominacion, ò tratamiento, pues haviendo de prevalecer su declaracion, y no dexarle en terminos de perjuro, solo corresponde hacer ver, que es compatible lo que afirmò vaxo de juramento, porque à ello no repugna este, ni otro mas afectuoso

so tratamiento, por que hai gran distancia entre el sèr de los sugetos, y el tratamiento, que con frequencia logran; y como el parentesco consanguineo sea efecto de la naturaleza, no se prueba, ni constituye solo por la nominacion. *Textus in leg. nemo* §.1.*de heredib.institu.* Gracian. *Diceptation. forens. tom. 3. cap. 562. num. 24.* Ibi: *Neque simplex nominatio probat filliationem, immò neque inducat presumptionem, per quam transferatur aliquod omnus provandi in contrarium, quasi talis nominatio potius gratia blandiendi quam veritatis inducendæ proferri soleat, & sic multa requisita debent ocurrere, ut nominatio inducat filliationem.* Menochio *de arbitrar. casu 89.n. 77.* Ibi: *Accidit quod sola nominatio blandiendi potius gratia quam veritatis inducendæ proferri solet, & in tractatu de presumptionib. presumpsion 53.n.34.* Escobar, *de puritat. part. 2. quæst. 6. §. 4. num. 4.* con la lei 14.*C. de probationib.* Ibi: *Non nudis ad severationibus, nec ementita professione (licet utrique conssentiat) sed Matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solemni fillii cibile jure patri constituuntur, & lex non epistolis C. eod.* Ibi: *Non epistolis necessitudo consanguinitatis, sed natalibus conjungitur.*

8. Lo dispuesto en terminos de la filiacion, corre en el comun sentir, en la nominacion de hermanos, sobrinos, y otros qualesquiera, aunque en el assumpto nuestro, con mas poderosa razon, porque consta, que el proprio sugeto tenia judicialmente jurado lo contrario, à poder conceder parentesco con el Don Juan, ò los que fuessen hermanos de este, y assi profiriesse el tratamiento de palabras: *Hoc est nudis ad severationibus*, ò por instrumento (como dice el texto *Epistolis*) todo esto puede ser voluntad, ò inclinacion; mas ni uno, ni otro sirve para producir el vinculo de parentesco, que se quiere deducir de esta denominacion; pues como acto indiferente, ò equivoco, que se puede dirigir à amistad, ù à otro fin, para nada aprovecha. *Textus in lege proherede §. Papinianum ff. de aquerend. hereditat.* D. Salg. *Laberint. credit. part. 2. cap.9.num.6. 7. & 8.* La debilidad de estos ponderados meritos de parentesco, franqueò la libertad, para que uno de los que reiteradamente denominaba: hermana à Doña Maria, y sobrinos à: los hijos de esta, hiciesse contradicion à la inclussion de Don Joseph Verdugo, en los Autos, en que vinculan su confianza los Menores, que oi litigan: pues el proprio Don Juan de Albiturria, sin embargo de las expressiones de sus cartas, y declaracion testamentaria, en que contextaba por hermana à la Doña Maria Muñoz, consta impugnò à el Don Joseph el derecho de sangre, que con este moti-

vo

vo fundaba; y este sucesso es estimable para el Pleito en dos conceptos: El primero, para el que merecen semejantes tratamientos, y expresiones, quando por otro termino no se graduan por realidades, segun las leyes citadas. En el segundo, para notar, què certeza podrà concederse en el parentesco, que Don Juan contextò, quando èl mismo, que se cita por instrumento para proferirlo, se averigua judicialmente negarlo; y à mas de esto, que Don Juan de Albiturria, y Don Salvador, en algunas circunstancias procediessen, siendo expositos, con inclinacion à Doña Maria (à quien se le da igual principio, ò nacimiento) es mui natural, y proporcionado à su principio, porque *nemo presumitur improbare qualitatem quam habet, ut ait* D. Molina *de primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 49. con la lei Arenam. *C. de Inofic. textam.* Y pues convenian en la desgracia de no tener padres conocidos, era preciso se associaran, procurando pusiesse la simulacion un padre, que no hallaban con certeza, ò verdad.

9. En la primera instancia no se negò con tanto esfuerzo, que Don Juan, y Don Salvador (que suponen hermano) fuessen en la realidad sobrinos de el dicho Don Domingo de Albiturria, y con este motivo se ha opuesto por los Menores en su defensa, que se han variado los medios de continuar su defensa el Dean, y Cabildo, à quien se pretende le perjudique, que en uno de los escritos se contextasse ante el señor Juez Ordinario, q̃ Doña Maria, D. Juan, y D. Salvador fuessen hermanos. Para legalizar, que la confession de el escripto no puede inferir perjuicio, es la mejor satisfaccion los fundamentos con que actualmente se niega este parentesco, porque trayendo causa de el Fundador, es preciso en justicia defender, que debe estarse à su judicial solemne deposicion, y mas quado *ex dictis* no repugna à su certeza la nominacion cariñosa, ò amistosa de *Sobrinos*; y como la direccion judicial se proporcione à el concepto, pudo en primera instancia no tenerse por preciso, y con razon; pues en concurso de tantos convencimientos, que à los Menores excluyen, no causara descubierto esta reflexion, fuera de que resiste el reparo à el establecimiento Canonico. *Cap.* 62. *de Apelationib.* y à lo que recopilò Rizio *part.* 4. *colect.* 1019. Menochio *lib.* 1. *de presumption*, en la 52. pues aunque à los Avogados su ministerio les constituya en dignidad: *Ut inter alios erudit.* D. Olea. *tit.* 5. *quæst.* 3. *num.* 36. Garcia *de novilitat. gloss.* 36. *num.* 17. Ningun ascenso el mas elevado, exime de ser sufraganeos à una quivocacion, y por esto el derecho estableciò titulos, que en tales experiencias sir-

e T: n de remedio, substituyendo la lei lo que no incluyò la direccion, y no ha de estimarse, q̃ es variar de medios, lo q̃ es deducido de los Autos; pues siendo la obligacion de el Juez fundar su decision con arreglamento, no solo à lo que los escritos defienden, si à lo que el processo produce. *Lex 2. ff. de eceptionib.* D. Salgado, *Laberint. credit. part. 3. cap. 1. num. 17.* Es consiguiente, que la confirmacion se procure, no con restriccion à las defensas, si teniendo por norte todo quanto los Autos informan, y por esto no aprovecha à los Menores en justicia el reparo con que quieren consternar la defensa de esta Instancia.

20. Mas: Aunque se reputasse executoria la que se titula serlo, faltando lo essencial, que para ello necessitaba, es notorio en los Autos, que ante la Justicia Real se siguieron por el Don Joseph Verdugo, que el Cabildo, à mas de no haver sido demandado, ni poder serlo en semejante Juzgado, solo resultò por efecto de la notoriedad, que se le hizo: pretender el Don Joseph Verdugo, que se le declarasse por hijo de Don Roque Albiturria articulo de competencia, ò acomulacion de Autos; mas no podrà decirse, que opuso en dichos Autos ningunas ecepciones, que tocassen à la filiacion; y en este supuesto, que los Autos verifican, corresponde la libertad, y facultad indemne, que conservò, para poder despues executarlo, sin que pudiesse impedirlo los aparentes insubstanciales Autos de filiacion; pues si aun siendo (por hypotesi) executoria, solo abraza, y evaqua las disposiciones opuestas, substanciadas, y seguidas *usque ad sententiam. Ut tradit* D. Salgad. *De suplication. ad sanctis. part. 1. cap. 12. num. 7. & sequent. de Laberint. credit. part. 3. cap. 2. num. 98.* Aun en terminos de supuesto, que presupone la executoria. Ibi: *Quia licet sententiam regulariter fatiat rem judicatam in supositum in ea, inteligitur quandò supositum venit in necessarium antecedens, vel consequens, & fuit deductum in juditium, & super eo adhivita fuit cognitio causæ, quia Res judicata, ut obstet requiritur quod tam ex parte Actoris, quàm Rei, & judicis sit plane cognitum, idem erudit in taactatu de Regia part. 4. cap. 9. ex num. 31. per tres columnas.* Noguerol, *aleg. 18. num. 50. & alegat. 27. num. 49. & aleg. 140. num. 25.* D. Castillo, *cum plurib. AA. tom. 5. controversiar. cap. 194. num. 34. cum sequæntib.* Porque como havia de recaer la judicial reflexion sobre defensas tan distantes de ser conocidas, que no tuvieron lugar de practicadas. Esto repugna à la razon, y hace violento, que se cifre la confianza de los Menores, para obtener los derechos de Patronato, y Capellanias, que

que oi comprehende la controversia en unos Autos, en que ni litigò el Dean, y Cabildo, ni en ellos pudo litigar, no demonstrò estas defensas, ni à el Juez pudieron constar; y finalmente, no se verificaron las tres entidades *Rei*, *actionis*, *& Personæ*, que son essenciales, constitutivos de la Executoria, faltando su concurrencia, no solo *Realiter*, *sed nec interpretatibe*. Sobre esta assercion pedia la voluntad detenerse en este Discurso, porque no se discurra descuido en la defensa; mas llama la atencion el procurar la brevedad; apetecida es, y recomendada esta *Utinam* no comprehenda el practicarla, lo que avisò el Nacianceno *in apolog.* Ibi: *Quis adeo desipiat, ut cæleritatem herendarum rerum, securitati, felicitati preferat.* D.Salg. *de reg.part.2.cap.13.num.38.in fine*, con el Capitulo *inter hec. de penitent.* pues aunque no moleste, la Audiencia suele ocasionar el que se obscurezca la justicia.

11. Ya queda fundado lo inconducente, y nada apreciable de los Autos, que criò, ò formò el Padre de los Menores, y que para ser su determinacion executoria, les falta quanto essencialmente se necessita; tambien va expuesto lo defectuoso de los meritos, que incluye assi en los Testigos, como en las nominaciones, que con demonstracion, ò èco de parentesco se ha manifestado haver havido de el Arcediano Fundador, para con la ascendiente de los Menores Doña Maria Muñoz, y tambien à Don Juan, y à Don Salvador Albiturria esforzando su exclusion las proprias Fees de Baptismo, con que quiere figurarse, fue exposita, y de todo se convence, que la ascendencia de los Menores es mui extraña para lo que se litiga; y afianzado este concepto, es en el Cabildo obligacion precisa la mas vigorosa defensa, que fuera mui improprio de todas sus circunstancias olvidar tanto la confianza de el Fundador, que tolerara suspensos los sufragios, sin complemento los fines piadosos, por la particular utilidad de los Menores, quien aunque experimentassen las aflicciones de pobreza, la atenderà el Cabildo para aliviarla en lo dable; mas no para dissimular, que se apropien lo que no les toca en justicia; pues esto es tan contrario à lo piadoso, que se tiene por delito. *Cap.* 34. *Eccesiast. versic.* 21. 22. *&* 23. Petrus Greg. *Lib.* 1. *de rescript.cap.*27.*num.*44. Ciriac. *Controv.*378.*num.*71. *&* 72. Y para este debido legal esfuerzo, milita el Canonico documento de el *Cap.error dist.*83. Ibi: *Error cui non resistitur, aprobatur, & veritas cum non defensatur oprimitur, negligere quipe cum posis perturbare perversos, nil est aliud quam fovere, neque caret scrupulo societatis occultæ, qui manifesto facinori desinit obbiare.*

DIS-

DISCVRSO SEGVNDO.

12. PAra mas acreditar la justicia, es preciso aceptar una simulaciou, lo que no influye impropriedad por lo instruido en el cap. *Dominus noster Caus.* 23. *quæst.* 2. Ibi: *Cum autem justum belum susceperit, utrum aperte pugnet an ex insidiis, nil ad justitiam interest, & cap. utilem causa* 22. *quæst.* 3. Ibi: *Utilem simulationem, & in tempore assumendam Jesu Regis Irael nos docet exemplum.* Y asi fingirèmos, ò simularèmos por materia de este Discurso, que Doña Maria Muñoz fuesse sobrina de el Fundador, conocida por tal, en el supuesto de hija expurea de Don Roque Albiturria, y antes de authorizar por derecho serle inutil esta qualidad. Extrañese justamente el recurso de los Menores, pues con un deshonor tan grave en su ascendiente; con un principio tan punible como culpable, disfamando à los que quieren por Authores, anteponen el leve interes, vulnerando à tantos la opinion, quando se tiene por gravoso en los terminos de defensa, aun haver de suscitar lo indispensable, y preciso en justicia. Afirman los pretendiẽtes en su recurso, que el Arcediano D. Domingo Albiturria viviò noticioso, y enterado de que Doña Maria Muñoz era hija de su hermano, por esforzar (y con razon) quanto explicò su voluntad à sus parientes, protexiendo aun à los mas distantes, como fue à Don Domingo Orbea, en el tiempo de la disposicion ausente, favoreciò à los extraños, y aun los siervos, ò esclavos, de todos hizo mencion: hasta aqui el hecho con realidad; pero què mala ilacion, ò consequencia, para el intẽto de los Menores, sale de estas veridicas permissas; mas antes se les ha de fundar para su favor, q̃ el dicho D. Domingo no tenia impedimento legal, para la dicha Doña Maria nominarla en su fundacion, pues la prohibicion para los spureos dice relacion à los Padres ex *autentic. quib. modis naturales efitiantur,* §. *final colat.* 7. *& in authentic. ex complex. C. de incest. nupt,* Ibi: *Omnis Paternæ successionis indigni. lex* 10. *tit.* 13. *partit.* 6. *& lex* 10. *tauri quas pro se tradit.* D. Molin. *De primog. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 27. *& num.* 33. Ibi: *Si verò ab alio cognatto, vel agnato, vel extraneo id primogenitum instituatur, sive ex facultate Regia, sive ex facultate legum Regiarum potest ejus institutor spurium serbato ordine de quo superius meminimus ad ejusdem primogenii suscetionem vocare, quambis enim spurius hereditatis parentis incapax sit, nihilhominus ab allis ex contra-*

Etu, vel ex testamento libere capere potest. Y adaptando esta doctrina à el assumpto, pudo el Fundador, como Agnado, incluir en su disposicion à la Doña María Muñoz. Esta facultad tan libre, y el conocimiento tan suficiente, y especifico, que de la referida se quiere suponer en Don Domingo, hace preciso este insuperable reparo: si pudo incluirla, y la tuvo presente, por què no la llamò, y comprehendiò? Supuesta la facultad, y noticia en que tanto la contraria instancia se empeña, no queda recurso à otro motivo, sino es à no haver sido su voluntad disponerlo: esto no necessita de prueba, pues la razon por sì lo acredita, y authoriza, y hallarse por causa precisa de no llamarla la voluntad de el Fundador comprobarse; que haciendo expression de sugetos de la propria classe, y nacimiento de el que và supuesto à Doña Maria (que es lo atribuido por los Menores à Don Juan, y Don Salvador Albiturria) y aun de los proprios Esclavos, y à esta no mencionarla, que pudo ser aun en el caso supuesto, sino es olvidarla, y excluirla; y contra motivos tan vigorosos, que convencen la resistencia en querer el Fundador nombrarla, como ha de darse lugar à los Menores, que confiessan pretenden incluirla.

13. Mas: Es comun regla en ultimas voluntades, que debe presumirse no quiso el Fundador lo que no dispuso, ni especificò, y por esto en la especie de el texto *in leg. jubemus C. de testam.* se ordena, que si instituyò el textador dos herederos, *quambis constaret quod plures allios initituere voluit, solum habentur pro instituti illi qui expresse instituti fuerunt, non auten allios quos instituere volebat.* Y si basta para la exclusion, que la voluntad no se actue, ò reduzca à execucion, y esto induce presumpcion de haverla alterado, *ut ait.* D. Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.*4. Con mas poderosa razon milita la exclusion en el caso de nuestro assertо; pues no consta por termino alguno quisiesse llamar, à mas de los que expressò; y à querer lo contrario, ningun impedimento tenia, como refiere el texto *in leg. unica §. sin auten C. de caduc. tollend.* Ibi: *Nan si contrarium volebat nulla erat difficultas in ea disponere*, y se corrobora con la decision Pontificia *in cap. ad Audientiam de decimis*, y demas que cita el Carlebal *de Judic. tit.* 1. *disp.* 4. *num.* 7. con otros.

14. A estos fundamentos oigo por possible una ogebcion, que consiste, en que està bien no quisiesse llamar el Fundador expressamente à Doña Maria; pero la incluyò en el llamamiento generico de parientes, con la especialidad, que por este medio favoreciò à sus hijos; y si solo la huviera personalmente incluido, no

trans-

transcendiera este derecho, à los que oi le pretenden tan cuidadosos, ò solicitos, y se corrobora, ò aumenta la dificultad; porque si su intento fue favorecerla por este medio tacito, dissimulaba el connotado, que tenia, y la causa de que dimanaba, que se supone ser hija de su hermano Presbytero, por lo qual, ò ha de fundamentarse no tener inclusion en el llamamiento generico, ò fundan los Menores su esperanza de obtener en justicia.

15. En esta dificultad parece da termino lo que puede oponer la direccion de los Menores, pues supuesta la inclinacion de el Fundador à los que participaban de su sangre, no parece regular excluyesse su voluntad à la que en los terminos de nuestro asserto tan de cerca la participaba. Para la solucion de este argumento, ocupa primer lugar lo que proximamente và fundado, pues la experiencia de haverla preterido, es prueba de lo que fue su voluntad, y que contra esta evidencia no se admite presumpcion, que altere su subsistencia, ni es estimable remitiesse à controversia lo que pudo conferir, sin la pension de dificultad; pues aun siguiendo las asserciones contrarias, si los dichos Don Juan, y Don Salvador se quiere persuadir, à que fueron hijos de el proprio Don Roque, quando nombrando à estos expressamente, no tuvo inconveniente el que pudiera suscitarse su filiacion, porque le havia de tener en quanto à dicha Doña Maria Muñoz, ni podian assistirle los recelos de que su fingida filiacion se ocultara, pues pudo como extraña comprehenderla en sus llamamientos, y que de èl tambien participassen sus hijos, y nietos, que oy litigan; y estas reflexiones vigorizan una total extrañeza, que de la voluntad de el Fundador tuvo la Doña Maria, y su descendencia; y siendo esto suficiente, hai prueba mas principal, porque en el llamamiento generico no tienen inclussion los spureos: es assi, que de contrario se confiessa esta qualidad en su ascendiente principiada, y en los Menores trasmitida, ò heredada. Luego se prueba su exclussion, concediendole el motivo de el parentesco, que es el objeto à que se dirige el discurso. La proposicion mayor es regla general en lo tocante à succesiones, que authoriza entre otros el Gomez Vayo *part. 3. lib. 2. quæst. 134.* en terminos de Patronato, *num.* 11. Ibi: *Quando consanguinei fundatoris vocantur ad Capellaniam, seu qui sunt de ejus parentela, genere, seu famllia, tunc spurei non cencentur vocati, nec legitimi descendentes ex illis, ratio est quia illegitimi alias spurei non dicuntur, nec sunt de familia, agnatione, domo, vel casata, nec etiam de parentela patris, nec cum illis est agnatio consanguinitas, aut conjun-*

Etio

ctio ex parte patris: ideo in apelatione conjunctorum, non veniunt, & hoc inteligitur, quambis talles illegitimi, vel spurei sint havilitati, vel dispensati ad obtinenda Benefitia. Y para salvar la disposicion, que muchos dan de quando se usò de palabras *juris, vel naturæ,* inclinandose, à que el uso de aquellas sea exclusion precisa, y en el de las naturales tenga lugar su inclussion, previene, que la clausula *Parientes*, ò *Consanguineos* son *verba juris* inductivas de exclussion. Ibi: *Num. 14. & verba juris sunt, de familia mea, agnatione, cognatione, domo, generæ, prosapia, progenie, styrpe, sanguine, consanguinitate, parentela, & similibus.* Lara, *de anib. & cap. lib. 2. cap. 2. num. 25.* Noguerol, *aleg. 28 precipue, num. 68.* Ibi: *Extante hac qualitate gentilitia, illegitimus, nec spureus succedere non possunt in hoc jure patronatus, nan spurei, & illegitimi de familia non sunt, nec à jure cibili cogniti, nec merentur nomen consanguineorum,* y cita à Rochu.de *jur.pat.* y su opinion Ibi: *Hanc tamen conclusionem limitarem, ut non procedat quando jus patronatus ex sui natura, vel institutione competit solum illis de parentela, tunc enim non competeret bastardis, vel illegitimis natis, quia tales non sunt de parentela.* Cita à Gracian, Ricio, y otros, que agregados à los que por si trahe Gomez Vayo, se afianza, que el llamamiento generico no pudo ser comprehensivo de los que no pueden componer familia, ni nominarse parientes de ella; y corroborado que la propria circunstancia, que se propone por origen de parentesco, es la que convence la exclussion de quien se vale de ellas.

16. No parece suficiente, para pacificar la dificultad, lo que và insinuado, pues las doctrinas instruyen en terminos de los que padecen la nota de spureos; el Pleito es entre sugetos legitimos, que asseguran, y pretenden su inclusion por un segundo Abuelo, que siendo author de su nota, le procuran tambien causa para lograr su fortuna, y como todo lo dispuesto por Clemente Octavo, y el cap.*fin.ne filiis Presbyt.lib. 6.* y en el Concilio Tridentino, *cap. 15. sess. 25.* milite en los spureos, no parece puede transcender à los legitimos procreados: *ex illis*, à cuyo fin *plura congressit.* Ceballos, *en la 762. de sus qq. com. contra com. num. 37. & sequentib.* con la lei 3. *de interdict. & releg. & L. fin. C. de naturalib.* y especifica casos decididos, en que intervino como Avogado, en favor de los legimos, que trahen causa de spureos, de esta question, en terminos de Capellania, ò Patronatos, tratò el Garcia. *De Benefic. part. 7. cap. 15. num. 36. & secuentib.* Ibi: *Et descendontes ex illis*, y a el num. 39. & 40. Resuelve afirmando, que esta question conviene

viene distinguirla, para comprehenderla. Ibi: *Sed oportet distinguere an sint verba naturaliter significativa, vel an sint oposita verba juris, seu civiliter significativa. Verba juris sunt familia, Agnatio, &c.* Y continùa contextando con el lugar de el Bayo, è incluyendo en esta classe la palabra parientes, Ibi: *Et etiam parentela, & tunc spurei, & ilegitimi non veniunt, quia non sunt de familia, &c. nec de parentela patris, & consequenter, nec descendentes ex eis etiam legitimati.* Y aunque en siendo los llamamientos naturalmente significativos, se iuclina à favor de los descendientes, limita à el *num.* 44. Ibi: *Nisi in materia sit juris, & mere civili, vel aliud suadeat, ut in successione majoratus, & Patronatus*, y cita à el señor Molina *de primog.* en diversos lugares, y à Mierez. *de majorat. 2. p. quæst. 2. num. 19. & 25.* Y concluyendo la question à el *num.* 46. dice. Ibi: *Unde in prædicto dubio videtur concludendum quod si in fundatione Capellaniæ dicitur quod præsentetur Sacerdos, vel Clericus de familia, &c. vel de parentela, seu consanguinitate non comprehenduntur, nec censentur vocati spurei, & illegitimi, seu descendentes ex eis etiam legitimati, & sic deficientibus legitimis non habebunt jus ad Capellaniam, ut necessario debeat presentari magis, quam allii extranei ex quo non habent vocationem.* Y à el 33. refiere la opinion de el Gonzalez, *ad regulas de mensib. gloss. 5. num.* 109. E insiste deberse entender, quando se usò de palabras *non civiliter, sed naturaliter significatibas.* Y en este proprio concepto debe reflexionarse, y entenderse el lugar de el Ceballos, que parece conduce à favor de los descendientes, y no en otra forma lo citara el Gomez Vayo: *Uvi supra ex quibus*, se deduce, que la propria exclusion, que se instruye para los spureos, milita en sus descendientes, y mas en derecho de parentesco; y evaquada esta obgecion, se afianza en los Menores su defecto de justicia, y mas quando en lugar de presumpciones, que conjeturaran haverles llamado el Fundador, concurren todos los meritos suscitados, que convencen lo contrario, que tambien sigue por comun, y mas probable el P. Thom. Sanchez *in cons. lib. 4. cap. 3. dub. 46. num. 2. usque in finem.*

17. En la materia, que incluye esta obgecion, è inteligencia, que deba darse à los Authores, que parece siguen la contraria, y à la dificultad, que quieren suscitar entre la lei *fin. C. de naturalib. liberis*, y la *L. Siquis incesto C. de incest. Nupt.* No fuera ocioso detenerse, aunque con la pension de dilatar esta insinuacion; mas qualesquier dificultad, ò duda, que se conceptue, se hallarà dissuelta, baxo de las reglas, y consideraciones fundadas,

qu

que assegurando, y afianzando la exclusion de los Menores, no tienen medio alguno de que valerse, para incluirse en la succession de el Patronato, ni Capellanias; y si esto consiguen en el concepto de ser su parentesco cierto, que buscan para su convencimiento, si se les verifica por mas gravoso la que tienen por unica proteccion de su deseo, mejor les fuera haver dexado sin suscitar sus aparentes principios, pues no se huvieran infamado con sus proprios equivocados assertos, aunque puede consolarse, que debiendo prevalecer la realidad à la opinion, no instamos en que tengan la de descendientes de origen spureo, concediendoles el que les asite la realidad de extraños, pues para obtener en los Recursos, se ha de usar de lo preciso, y proceder tambien sin confianza en lo simulado.

18. Para cumplir lo ofrecido en esta insinuacion, corresponde, toca sobre los alimentos pedidos, ò expensas litis. Tarde llegamos à este assumpto, pues se han fenecido las defensas en los antecedentes Discursos, y no es desestimable esta casulidad, porque à vista de el tiempo en que se han pedido, despues de haver experimentado una decision contraria, y estar los Autos en estado de determinarse la segunda instancia, es pretencion tan violenta como intempestiva; y asi, no es menester impugnarla: *Si alimenta lite pendente petantur, & articulus super eis intentetur, quandò processus in causa principali est instructus tunc super principali processu est pronuntiandum, non verò super alimentis, ideoque, hæc alimenta, sive litis expensæ in initio litis consulendum est peti quia si postea quando jam lis terminari potest petantur, super eis provisio fieri non debet.* D. Molina. *De primog. lib. 2. cap. 16. num.* 38. en la impression novissima, *versic. hæc doctrina.* Mier. *de majorat. part.* 3. *quæst.* 15. *num.* 82. Tambien se requiere trahiga su pretension proteccion de justicia D. Castillo. *Lib.* 3. *controv. cap.* 27. con Alvar. Valar. en sus consultas, y el señor Molina, *ubi sup.* y substituyendo en lugar de esta proteccion una exclusion notoria, *ut aparet, ex dictis.* ni hai que fundar, ni discurrir en este articulo, para haverlo de denegar, pues fuera tratar à los Menores con rigor, habilitarles medios con que esforzar su temeridad, y como estàn tan lexos de proporcionarse à piedad, ni à justicia, es preciso hallen en el Cabildo la mas eficaz resistencia, è igual esfuerzo en defender se habilite, ni atienda à quien pesandole mas sus interesses, procura el manejo para minorar los sufragios, que el Fundador dispuso, intento sobradamente extraño, pues aun antes de fundamentar su esperanza, son declarados transgressores de su ultima voluntad, pretendiendo minorar las piadosas memorias, para

que

que no falte circuſtancia, que convenciendo ſu extrañeza de el derecho de ſangre, haga mas notoria ſu ſinranzon; pues quando debia de pretendiente manifeſtarſe obſervante de lo que el Arcediano diſpuſo, ſe anticipa à manifeſtar la expreſſada moderacion. No ſe diſcurre preciſo ſuſcitar el Articulo de atentado; pues los autos acreditan, que aſsi eſto, como la condenacion de coſtas, ſe ha deducido por agravio: y ſiendo juſta, como lo es, la ſentencia, con ſu confirmacion ſe evaqua eſta inſtancia; donde ſe tendrà mui preſente, que las providencias dadas para la ſeguridad, y manejo ſon efecto de la juriſdiccion, que ſiempre queda en el Señor Ordinario para conſervar los vienes ſin diſipacion; mas es preciſo, que eſto ſe cenſure por quien ſin derecho procede: y pues reſulta ya la circunſtancia q̃ pide el *cap. Summopere. cauſ.* 11. *quæſt.* 3. Para proferir la ſentencia: *Cauſis prius diligenter ventilatis cum res, quæ ignorabatur ad notitiam pleniter veniret.* Cumplaſe con lo que continuado eſtablece: *Tunc Divina, & humana lege ſecundum quod conſtitutum eſt remota perſonarum aceptatione definitiva oferatur ſententia*: aſsi lo eſpera el Cabildo, y en el todo favorable, ſalvo, &c. Sevilla 18. de Enero de 1736.

Lic. D. Pedro Montemayor, y Pizarro.